

正当防衛における「防衛意思」の問題点(四)

振
津
隆
行

はしがき

第一章 問題史的概観

第一節 実体法的問題の原初的所在

第二節 一八八〇年頃の問題状況

第三節 今世紀における展開

第一款 一九三〇年代頃までの状況（以上本誌三〇巻二号）

第二款 ナチス期

第三款 戦後（西ドイツ）（以上本誌三三巻一・二合併号）

第四節 わが国における問題状況

第一款 明治維新以前の刑法の変遷と正当防衛（以上本誌三五巻一・二合併号）

第二款 明治維新以後の刑法の変遷と正当防衛

第二章 正当防衛の枠内における主観的要素の問題点

第一節 問題提起（以上本号）

第二款 明治維新以後の刑法の変遷と正当防衛

一 旧刑法典制定以前の状況

一 明治維新の直前である慶応三（一八六七）年一〇月一四日の大政奉還の直後、同月一九日に徳川慶喜が、「刑法ノ儀ハ、召ノ諸候上京ノ上、御取極可相成候へ共、夫迄ノ処ハ仕来通ニテ宜候哉」⁽¹⁾との伺に対し、新政府は同月二二日、「召ノ諸候上京ノ上、規則被相立候へ共、夫迄ノ処ハ、是迄ノ通り可心得事」⁽²⁾との指令を出した。すなわち、刑法制定までは、ひとまず従来通り、幕府領では公事方御定書を、各藩ではそれぞれの藩刑法を適用すべきものとしたのである。だが、他方新政府は、明治元（一八六八）年一二月頃までに、維新後の最初の刑法典である「仮刑律（仮律）」を定めたが、これは公布されず、刑法官の執務準則として制定されたものであった。⁽³⁾この仮刑律は、「清律例彙纂」と「刑法草書」を基礎とし、養老律や公事方御定書などを参酌したものとされている。⁽⁴⁾だが、更に、同三（一八七〇）年には清律を参酌した「新律綱領」⁽⁵⁾が制定・頒布（二月二七日）され、その後、同六（一八七三）年には、これを改定・増補した「改定律例」が制定されて（六月一三日布告、七月一〇日施行）、綱領と並んで行なわれた。それらは、明治維新の王政復古の精神を反映して、武家法により棄てられていた律系統（中国式法制）の刑法の復帰を試みたもので、決して西欧的な近代刑法典とはいえなかったが、やがて、第二の大規模な外国法（ヨーロッパ刑法）継受により、わが刑法は一大転機を画するに至るのである（旧刑法）。

二 では、仮刑律、新律綱領、改定律例の三法典で、それぞれ内容的に多少の相違が存するものの、正当防衛と関連すると思われる規定を挙げると以下のようなものがある。すなわち、①家主の夜間故なく人家に侵入する者の殺死、⁽⁶⁾②窃盗人に対する殴打、⁽⁷⁾③父祖が毆殺された子孫の行兇人の殺傷、⁽⁸⁾④盜賊殺、⁽⁹⁾⑤兇器をもって拒捕した罪人の格殺等である。⁽¹⁰⁾新律綱領以後は、②の窃盗人に対する殴打、および③の盜賊殺の規定がはずされたが、他方、窃盗の規定で犯人拒捕律に依ること等により、その欠落が補完されている。

三 最後に、以下で「正当防衛」的諸事例につき、二、三の事例を挙げておきたい。⁽¹¹⁾

《事例①》 八年一月一八日指令⁽¹⁴⁾

本件は、大坂南大組第十三区高津町工西村善八は、横山伊兵衛等数十人が、善八の工夫した新器械は同業者の妨害となるためその廃止を求めて強く談判に及んだが、これに承知しなかった。そのため伊兵衛等は兇暴を極め、善八は抜刀して払おうとした際、伊兵衛が妻の頭髮をつかんでいるのを見て、たまらず伊兵衛に切りつけて死に至らしめたという事案である。これにつき、大坂裁判所は「其景況實ニ止ヲ得サルニ出ツ、中略故殺ヲ以テ定擬候テハ、苛酷ニ覺フ、閨毆殺ヲ以テ論シ、其情ヲ量リ、後ニ手ヲ下シ理直ナル者ニ比依シ、懲役十年申付可然哉」との伺に対し、「素ト伊兵衛等ノ逞惡甚キヨリ、彼カ兇虐暴横ヲ防キ、己レカ身体財産ヲ護ルノ已ムヲ得サルニ出テ、始ヨリ殺意アルニ非ル者、罪ノ問フヘキナシ」と指令した。

本件指令は、先の伺中に示めされた「故殺」に相当するという部分を糺した上で、「正当防衛」の法理に基づき不可罰としたものと評しえよう。ただし、その結論をひき出した擬律の根拠となった条文が掲げられておらず、この点は不明である。

《事例②》 七年一月二十日指令⁽¹⁵⁾

本件は、姦夫姦婦を追尋の際、闇夜姦夫に似た者に逢い、誰何姓名を問うたが、答えず逃げた者を追い迫ったところ、急激に反撃してきたため、これを姦夫と誤認して斬り斃したが、その者は姦夫の友であつたという事案である。これにつき、「然ルニ其友應死ノ罪人ニシテ、且黑夜無言ニシテ、反撃急劇、此時ニ方リ、該犯ノ心、純然以テ姦夫トナシ、義憤ノ發スルト、性命ヲ護スルノ急ナルト、勢ヒ然ラサルヲ得ス、仍テ捕亡律、罪人兇器ヲ持シ拒捕云々ニ擬ス可キノ處、唯兇器ヲ持セサルヲ以テ、一時忿激シテ、擅殺スル者ニ比擬シ 懲役九十日」との指令を出した。

本件は、客体の錯誤の問題も内包しているが、本稿のテーマとの関連で注目すべき点として、反撃が「義憤ノ

發スル」ところであり、同時にまた「性命ヲ護スル」為め、勢い然らざるを得ずになされたという点である。すなわち、「憤激の情」つまり憤激・逆上や攻撃といった防衛の意図・動機と「防衛の意思」とが並存しうる可能性を認めているものであつて、ここに管見の及ぶかぎり、「防衛意思」についてのわが国最初の判決が見出されることである。

〔事例③〕 八年二月一三日指令⁽¹⁶⁾

本件は、下総国匝瑳郡西小笹村農、成毛兵左衛門が貧窮のため妻サイを濱方へ出稼ぎにやつていた。本年（七年）筆者）七月二六日サイが荷物を取りまとめているのを見て理由を問いただしたところ、佐藤和平妻サタの世話で木村権兵衛方へ縁付く話があるというので、その心得違いを責問した。その後、サイは行方不明となり探索中、和平宅で見つけ連れ戻そうとしたが、サタが権兵衛との約束があるので連れ戻すことはできないと理不盡の仕方をするので、憤懣の余り口論に及んだ。なおもサイを連れ出そうとすると、サタが頭髮を掴み引倒したので、傍らに有合せの蛤むきで、サタの胸先を突いたところ、サタはこの疵の為死亡したという事案である。新治裁判所が何をたてたところ、「サタノ死ニ至ルヤ、該犯ノ傷スルニ原由スルト雖モ、其場（傷？）サタノ兇暴ヲ扞禦スルニ當リ、勢ヒ止ムヲ得サルニ出ルヲ以テ、罪人拒捕條捕史格殺律ノ權衡ニ依リ、其罪ヲ論セス」との指令が出された。

本判決は、「口論」より発し、兇暴となつた相手方を「扞禦スルニ當リ、勢ヒ止ムヲ得サルニ出」たものとして、「正当防衛」が認められたものといえよう。ただし、罪人拒捕條捕史格殺律の權衡に依拠した理由は不明である。

（1）内閣記録局編・法規分類大全第五四卷刑法門一（明治三十三年）一頁。

（2）法規分類大全第五四卷刑法門一、一頁。

- (3) 法規分類大全第五四卷刑法門一、五五頁。
- (4) 手塚豊「仮刑律の一考察—明治刑法史の研究(上)—(昭和五九年)三頁以下、高塩博「新出の『刑法新律草稿』について—『仮刑律』修正の刑法典—」手塚豊編著・近代日本史の新研究Ⅶ(平成元年)一三三頁以下、牧英正・藤原明久編・日本法制史(平成五年)三〇七頁等。なお、従来から、仮刑律は養老律、唐律、明律、御定書百箇条、肥後藩刑法等を参考にしたものとして解されてきたが(たとえば、石井良助・明治文化史2法制編(昭和二十九年)二七一頁等)、本文のように解するのが妥当と思われる。
- (5) 中山勝「新律綱領の編纂の典拠について—新律綱領に与えた清律の影響を中心として—」同・明治初期刑事法の研究(平成二年)四七頁以下等参照。
- (6) 仮刑律につき、司法資料別冊第一七号・日本近代刑事法令集上(昭和二〇年)二六四頁、新律綱領につき、同・五一九頁、改定律例につき、第一五五号、司法資料別冊一七号・日本近代刑事法令集中(昭和二〇年)一八一頁。
- (7) 仮刑律につき、日本近代刑事法令集上二六九頁。
- (8) 仮刑律につき、日本近代刑事法令集上二七三頁。新律綱領につき、同・五五四頁、改定律例につき、第二三二条、日本近代刑事法令集中一九九頁。
- (9) 仮刑律につき、日本近代刑事法令集上二六九頁。
- (10) 仮刑律につき、日本近代刑事法令集上二八四頁以下、改定律例につき、同・六〇八頁。
- (11) これらにつき、岩崎二郎「明治初期日本刑法学の研究(二三)」神奈川法学六卷二号(昭和四五年)四九頁以下、特に五七頁以下参照。米田泰邦「正当防衛と反撃回避義務」平場遼磨・現代の刑事法学(上)(昭和五二年)二〇六—二〇七頁等参照。
- (12) 新律綱領につき、日本近代刑事法令集上五〇七—五〇八頁。
- (13) 岩谷十郎「旧刑法第三一四条編纂過程とその『素材的事例』の關係」慶院三三三(昭和六一年)一八九頁以下に本期における多数の正当防衛的事例が挙げられているので、それをも参照されたい。
- (14) 近藤圭造編著・皇朝律例彙纂卷四人命律上(明治九年)二二丁表—二二丁裏。
- (15) 近藤・皇朝律令彙纂卷四人命律上—八丁裏—一九丁表。
- (16) 近藤・皇朝律例彙纂卷六捕亡律三八丁裏—三九丁裏。

二 旧刑法典下の状況

一 復古主義的刑律の破綻は、やがて一転して、西欧の刑法制度の熱心な摂取へと移っていった。それは、いまだ近代国家としての実質を備えていない日本が、欧米列強の資本主義諸国の圧力のもとで、不平等条約の改正および治外法権を撤廃して、国際政治的課題を実現し、また欧米諸国の「文明国」の仲間入りを果たすためにも、西欧型の近代法を受容し、法典を整備することが、不可避の要請とされたからであった。¹⁾明治五（一八七二）年から六年にかけて、司法省はフランス刑法を模範とする刑法の編纂作業を進めていたが、司法卿江藤新平が失脚し、左院の法典編纂専管のため中断してしまった。

明治八年、左院廃止後刑法編纂事業は再び司法省に戻り、同年九月、刑法改正のための別局を司法省に置き、鶴田皓、小原重哉、名村泰蔵らを刑法草案取調掛に任じた。ボワソナードの講義と助言を受けながら、最初日本人委員のみにより、「欧州大陸諸国ノ刑法ヲ以テ骨子」となし、これに「本邦ノ時勢人情ヲ参酌」して草案を作成することになり、フランス刑法を基礎とする草案起草がなされ、翌九年四月に、「日本帝国刑法初案」（第一編名例八二条）が上呈され、翌五月に元老院の議定に付されたが、不完全との理由で未審議のまま返還された。そこで、この月、司法省では、ボワソナードが原案を起草し、日本人委員と合議して草案を作成する編纂方式に改め、数次の校訂を経て、一〇年一月二八日、「日本刑法草案」（確定稿）（四編四七八条）が太政官に上呈された。そこで、太政官では、同官中に刑法草案審査局を設け、伊藤博文を総裁に（後に柳原前光）、陸奥宗光、細川潤次郎、津田出、井上毅、村田保、山崎直胤、鶴田皓らを審査委員に、名村泰蔵、昌谷千里らを御用掛に任じ、草案の審査・修正を行ない、一二年六月「刑法審査修正案」（四編四三〇条）が上進され、「治罪法修正案」とともに元老院の議に付され、元老院での若干の修正後、太政官法制部の検校を経て、一三年七月一七日太政官第三六号布告により、治罪法と同時に公布され、一五年一月一日から施行されたのである。明治四〇年四月公布の現行刑法に對し、これを旧刑法と呼ぶ。²⁾

二 わが国で正当防衛が「制度」として初めて確立されたのは、旧刑法典においてである。⁽³⁾ 旧刑法典の正当防衛規定は、フランス刑法典に倣つて各則に置かれた。すなわち、旧刑法典第三編第一章第三節の「殺傷ニ関スル宥恕及不諭罪」(三〇九条―三二六条)中に位置する第三二四条、三二五条がそれである。⁽⁴⁾ その規定を挙げると、

第三百十四條 身體生命ヲ正當ニ防衛シ已ムヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪を論セス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス

第三百十五條 左ノ諸件ニ於テ已ムヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス

一 財産ニ對シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出タル時

二 盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時

三 夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル者ヲ防止スルニ出タル時

さて、大越元教授によれば、オルトランとボワソナードの見解を挙示しつつ、旧刑法典の正当防衛規定は二つの骨子からなつていたものとされる。すなわち、第一に、正当防衛は他にとるべき方法がない場合にのみ許され、⁽⁵⁾ 第二に、正当防衛は防衛の動機(防衛の精神)から行なわれなければならないという思考である。第一の思考は、三一四条の「已ムヲ得サル」の文言に明示され、第二の思考は三一四条に明示されていないものの、憤激して反撃した場合は刑が宥恕されるにすぎないとする三〇九条との関連からいって、三一四条の当然の前提とされていたように思われるとされる。⁽⁶⁾ そうすると大越説によれば、旧刑法下でも正当防衛の動機・意図が必要であるということになるが、当時の諸文献を参看しても「防衛意思」の問題には全く触れられていないのが通常である。⁽⁷⁾ この点は、当時正当防衛に防衛の動機が必要であると解するのは当然の事理であつて、わざわざこれに触れなかったと解すべきであらうか。そうだとすれば、わが国の正当防衛はその創設当初から、「防衛意思」(防衛の動機・意図という意味での)必要説が前提となつていたことにならう。だ

が、本稿のテーマである「防衛意思」の問題性は当時全く認識されておらず、それ故、当該問題の言及を欠いていたと考える方が妥当だと思われる。

三 最後に、「明治十五年刑法施行後初の正当防衛事件」とされる事案を、⁽⁸⁾ ついでながら挙示しておこう。

《大審院明治一六年二月一三日申渡》⁽⁹⁾

本件は、明治一五年一〇月に東京府下で起きた事件で、留守番役のYが家屋に侵入した泥棒Kを発見したが、一旦は外部に逃げたと見せかけて戸棚の中に隠れていた泥棒がYの眠ったのを見て再び室内に現われ、物色しているのを再びYが見つけて、これと争い、所持していた白刃でもって賊の左腕を切断し、続いて顔部をも傷つけたというものである。Yは東京軽罪裁判所で重禁錮一年に処せられたが、上告して大審院において無罪となった。正当防衛が適用されたのは、賊が十分逃げられる場所であるにもかかわらず逃げなかったこと、賊を一旦追いやった後に再来せしは「贅悍不撓ノ強賊」であるか共犯者があるか、いずれにしてもその悪念を遂げるため看守者に手向わんとする予備をなしてきたもの（抗拒スヘキノ兇器ヲ持シタルモノ）と被告が思考したものと推測せざるを得ない。かかる状況において、「賊ヲ一撃セシハ財産身体ヲ防衛スルニ急ニシテ止ムヲ得サルニ出タルモノ人情ノ尤モ然ル所」であるとして、原判決を擬律錯誤の裁判としてこれを破毀し、大審院において改めて次のような判決が下された。「被告人YカHノ邸宅ヲ看守シ明治十五年十月六日午前第二時盜犯Kヲ其邸内ニ於テ毆打シタルは盜犯ヲ防止シ且財産身体ヲ防衛シ已ム」ヲ得サルニ出タルモノ之ヲ刑法に照スニ（刑法第三百十四條身体生命ヲ正當ニ防衛シ已ム）ヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己の爲メニシ他人ノ爲メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス刑法第三百十五條左ノ諸件ニ於テ已ム」ヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ論セス」其第二項（盜犯ヲ防止シ又ハ盜賊ヲ取還スルニ出タル時）トアリ因テ被告人カ罪ヲ論セス直ニ放免ス」というものであった。

- (1) 野村稔・刑法総論（平成二年）一二頁、牧・藤原・日本法制史三一一頁等。
- (2) 野村・総論一四一―一八頁、牧・藤原・日本法制史三二二頁。なお、新井勉「旧刑法の編纂(一)(二)完」法学論叢九八巻一号（昭和五〇年）五四頁以下、同四号（昭和五一年）九八頁以下。
- (3) 旧刑法以前に「近代的概念に基づく正当防衛事件」が存在していたことにつき、藤井德行「明治七年・海軍兵学校御雇英人教師対日本人水夫の闘毆事件に関する一考察」手塚豊編著・近代日本史の新研究Ⅲ（昭和五九年）六五頁以下。
- (4) 旧刑法の正当防衛規定の編纂過程につき、岩谷・前掲論文一八一頁以下参照。
- (5) 第三百九條 自己ノ身體ノ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス
- (6) 大越義久・刑法解釈の展開（平成四年）一三頁、同・刑法総論（平成三年）九〇頁以下。
- (7) たとえば、村田保・刑法註釋卷六（明治三年）一七丁表以下、江木衷・現行刑法原論卷三（明治二五年）一八八丁以下、富井政章・刑法論綱（明治二年）二〇一頁以下、古賀廉造・刑法新論（明治三一年）五二七頁以下、勝本勘三郎・刑法折義各論下巻（明治三年）一〇二頁以下、小崎傳・日本刑法論（各論）（明治三八年）六二九頁以下等参照。
- (8) 藤井・前掲論文一〇六頁、一〇七頁注(6)をも参照。
- (9) 明治前期大審院刑事判決録23（昭和六三年）四八頁以下。

三 現行刑法典下の状況

三 旧刑法が成立した一八八〇年代は、ヨーロッパにおいて古典派ないし新古典主義の刑法理論を批判する近代学派（新派）の刑法理論が台頭して、「刑法学派の争い」が展開されつつあった時代であった。そのため旧刑法の施行直後から、新律綱領・改定律例の復活といった保守的反動の立場や、ヨーロッパの新しい刑法理論を学んだ者からの厳しい批判にさらされると同時に、いち早く司法省はその改正作業に着手した。司法省の改正案は太政官から参事院の審議に付され、明治一六（一八八三）年五月、参事院は修正案を上申した。この間、旧刑法の

起草者であるボワソナードは、参事院議長の要請に応じて改正案に対する意見書を提出する一方、自らも改正案を作成し（四編五七六条）、『刑法草案注釋』上下（明治一九年）を公刊した。その後、司法省は、明治二〇（一八八七）年に外務省から移管された法律取調委員会をして改正作業にあたらせたが、明治二三（一八九〇）年二月に至り、四編四一四条からなる改正案（「明治三年改正刑法草案」）が出来上った。政府は、この改正案を翌年一月、第一回帝国議會に提出したが、議決に至らずして、会期を終了した。

明治二五（一八九二）年一月、司法省は刑法改正審査委員会を設けて審査に従事せしめたが、同委員会は明治二八（一八九五）年一二月に改正案を脱稿した（二編三一八条）。司法省は、これを全国の裁判所・検事局に配布して、判事・検事に意見を具申させ、また明治三〇（一八九七）年には弁護士会に二編三二一条の改正案（「明治三〇年改正案」）を諮問するとともに、広く社会一般に公表した。この「明治三〇年刑法草案」が現行法の原型をなすものであり、当時のヨーロッパにおける最新の刑法や刑法草案を広く参照し、リストをはじめとする近代学派の刑法理論を摂取して作成されたものであったが、弁護士ばかりでなく判検事のなかにも刑法改正反対の意見があり、政府は刑法改正案の議會提出を見合せることになった。

明治三二年三月、政府は、法典調査会を改組して第三部会に刑法改正の作業を担当させ、三〇年草案を原案として審査・修正が加えられたのち、二編三〇〇条の改正案が作成された。政府は、この刑法改正案を三四年二月の第一五回帝国議會に提出したが、各地の弁護士会を中心とする反対運動の影響もあって審議未了となった。同案を一部修正して、翌三五年の第一六回帝国議會に提出し、貴族院では修正可決したが、衆議院でまたしても未了に終った。更に法典調査会では前案に若干の修正をほどこし、改正案（二編二九八条）を作成し、第一七回帝国議會に四たび提出したが、議會解散のため議事にのぼらなかった。

政府の度重なる議會提出にもかかわらず、刑法改正案は可決されるに至らなかったが、明治三八年二月、第二

一回帝国議會に、刑の執行猶予および免除に関する部分のみは、「刑ノ執行猶予ニ関スル件」(法律第七〇号)として公布された。翌明治三十九年六月、政府は司法省内に法律取調委員會を設置し、前案の審査・修正にあたせられた結果、同年一二月に二編二六五条からなる改正案が作成された。そこで政府は、この改正案を翌明治四〇年一月、第三回帝国議會に提出し、貴衆兩院による修正および兩院協議会の協議を経たのち、二編二六四条からなる成案を得、これが兩院を通過して、同年四月二四日法律第四五号として公布され、翌四一年一〇月一日より施行されるに至ったのである。⁽¹⁾なお、「現行刑法の制定(旧刑法の改正)」は、たしかにヨーロッパの新しい刑法理論の影響のもとに推進されたが、再三再四の議會提出にもかかわらず、一九〇七年(明治四〇)の第三回帝国議會でようやく成立したことを考えると、現行刑法を成立せしめた主要な原因は、日露戦争後における日本の国内的かつ国際的条件、換言すれば、帝國主義國家へ転化しつつあった近代天皇制國家の秩序維持に適合する新たな刑法典が必要とされたことであつたと思われる。⁽²⁾とする指摘がある。

二 すでに大越元教授が指摘されたように、旧刑法典には以下のような不備があると当時の学説は批判していた。すなわち、①正当防衛の規定が各則にあり、総則に置かれていないこと、②殺傷以外の防衛行為については何らの規定もないこと、③正当防衛により保護される法益が限定されていること、である。⁽³⁾

かくして、現行刑法典は、正当防衛規定を旧刑法典と異なり、「各則」から「総則」へと移し、しかもその第三六条の一箇条のみの簡潔な条文として統一されることになった。

その経過をみてみると、

(1)明治二三年改正刑法草案では、第一編総則第四章に以下の規定がある。⁽⁴⁾

第七十一條 危急ノ暴行ニ對シ自己又ハ他人ノ身體財産ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得スシテ行ヒタル所爲ハ罪トシ

テ論セス

其防衛ノ度ヲ超エタルモ暴行ニ因リ激シキ感動ヲ發シ直チニ行ヒタル所爲ハ亦罪トシテ論セス

(2)次に、明治二八年および三〇年刑法草案では、⁽⁵⁾

第四十九條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出デタル行爲ハ之ヲ罰セス但不正ノ行爲ニ因リ自ラ侵害ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス

若シ必要ナル程度ヲ超ヘ「エ」タルトキハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

(3)明治三三年刑法改正案では、⁽⁶⁾

第四十九條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出デタル行爲ハ之ヲ罰セス

若シ必要ノ程度ヲ超エタルトキハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

その際、一項但書が削除された理由は、明治三三年「刑法改正案」理由書によれば、⁽⁷⁾「現行法ハ防衛ス可キ侵害ノ程度ニ付キテハ其規定頗ル不充分ニシテ唯第三百十四條但書ニ於テ不正ノ行爲ニ依リ自ラ招キタル暴行ニ非サルコトヲ示スノミナルヲ以テ本案ハ亦此點ヲ明確ニシ侵害ノ急迫ニシテ不正ナルヲ要スルコトヲ規定シ從テ第三百十四條ノ但書ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ刪除シタリ」とされている。

(4)明治三四年改正案および三五年刑法改正案では、⁽⁸⁾

第四十六條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出デタル行爲ハ之ヲ罰セス

若シ必要ノ程度ヲ超エタルトキハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

この規定が、第一六回貴族院特別委員会において、富井政章博士の修正が受け入れられ、「必要ノ程度ヲ超エタルトキ」が「防衛ノ程度ヲ超エタル行爲」に改められた。⁽¹⁰⁾

(5) 明治三十九年草案では、⁽¹¹⁾

第三十六條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス

防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又は免除ス

この規定が第二三回貴族院會議で、本条二項が「……減輕又ハ免除スルコトヲ得」と修正され、⁽¹²⁾ 現行法になつたのである。

なお、第三六条につき、明治四〇年刑法改正政府提出案理由書によれば、⁽¹³⁾

第三十六條

理由 本條ハ現行法第三百十四條乃至第三百十六條ヲ合シ之ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ所謂危急防衛ノ規定ナリ

現行法ヲ修正シタル要旨ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 現行法ハ危急防衛ノ規定ヲ殺傷ニ關スル特別ノ不論罪ト爲シ之ヲ第三編第一章第三節中ニ規定シタリ然レトモ危急防衛ノ方法ハ單ニ殺傷ニ限ル可キモノニ非サルヲ以テ本案ハ之ヲ本章ニ移シ廣ク一般ニ通スル規定ト爲シタリ

二 現行法ハ防衛ノ目的物ヲ生命、身體、財産等ニ制限シタリト雖モ本案ハ尙ホ其他ノ權利ヲモ保護ス可キモノト認メ廣ク自己又ハ他人ノ權利ノ防衛ニ關スル規定ヲ設ケタリ

三 現行法ハ防衛ス可キ侵害ノ狀態ニ付キテハ其規定頗ル不十分ニシテ唯第三百十四條但書ニ於テ不正ノ行爲ニ依リ自ラ招キタル暴行ニ非サルコトヲ示スノミナルヲ以テ本案ハ更ニ此點ヲ明確ニシ侵害ノ急迫ニシテ不正ナルヲ要スルコトヲ規定シタリ

本條第一項ハ現行法第三百十四條及ヒ第三百十五條ヲ合シタルモノニシテ急迫ニシテ不正ナル侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ爲シタル必要ナル行爲ハ罪ト爲ラサルコトヲ規定シタルモノナリ又第二項ハ現行法第三百十六條ト同一ノ趣旨に出タル規定ニシテ前項ノ場合ニ於テ防衛ノ行爲其必要ナル程度ヲ超エタルトキハ既ニ危急防衛ニ非サルヲ以テ罪トシテ之ヲ罰スト雖モ其情狀ニシテ斟酌ス可キモノアルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得セシムルモノナリ

三 さて、「防衛意思」の問題は、明治四〇年の現行刑法制定後、久しく問題とされなかつた。わが国では、本稿のテーマである「防衛意思」の問題性は、遅くとも一九三〇年代に入つてやつと、ドイツ刑法理論の導入の一環として提起され始めたものである。たとえば、島田博士は、ドイツの學說狀況を提示されつつ客觀説を主張され、「防衛行爲の正當性は、その行爲限りの評價によつて決せらるべきではなく、これを一般的に觀察し、どんな意思で行つても客觀的に權利の防衛行爲である限り、適法行爲であるといはねばならぬ。要は客觀的に防衛行爲であるか否かである¹⁴」とされ、不要説を採られていた。これに対し草野博士は、「然し、さればと云つて行爲者の行爲を爲すに至つた動機原因までも全然無視して妨ないであらうか。私は正當防衛に關する刑法第三十六條の規定が「自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ」なる目的性を擧げて居ることや、他人を害する目的のみを以て權利を行使することが權利の濫用として違法なるものと解せられて居ることなどに鑑みて、行爲の動機原因を顧る意味に於て、行爲の違法性と云ふことに主觀的要素を加味して考へねばならぬと信ずるのである¹⁵」として必要説を主張されていた。

そして、この問題性を大いに注目させるに至つたのは、かの有名な大審院昭和十一年二月七日判決（刑集一五卷二二號一五六一頁）であつた。すなわち、「元來刑法第三十六條ハ加害行爲ニ付防衛意思ノ存在ヲ必要トスルモノニシテ縱令急迫不正ノ侵害アル場合ナルニモセヨ之ニ對スル行爲カ防衛ヲ爲ス意思ニ出テタルモノニ非サル

限り之ヲ以テ正当防衛又ハ其ノ程度超越ヲ以テ目スヘキモノニ非ス」と判示した。この判決が公にされた直後、これをめぐって展開された諸家の論議によつて、わが学界では、にわかにこの問題性についての関心が高まり、その理解が深められる機縁となつたのである。⁽¹⁷⁾

さて、かようにして「防衛意思」の問題が意識され提起されるようになったのであるが、以下で本問題の現状を総括的にスケッチしておこう。すなわち、判例および多数説は法文の「防衛スル為メ」とは防衛意思の必要性をも規定しているものと解し必要説を主張するが、これに対して、客観的に防衛の効果を生ずれば足りるとする不要説も有力に主張されている。もっとも、必要説をとるとしても、防衛意思の内容につき、大別すれば、防衛の意図・動機とする見解と防衛の認識とする見解に分かれる。判例はかつて、防衛の意図・動機とする立場から、防衛の認識があつても「憤激して」反撃した場合には防衛意思を否定していたが（前掲大判昭和十一年二月七日、最決昭和三十三年二月二四日刑集一二卷二九七頁）、その後、憤激・逆上や攻撃といった他の動機・目的が併存していても防衛意思は否定されないとして、防衛の認識とする立場に近づいたが（最判昭和四十六年一月一六日刑集二五卷八号九九六頁、最判昭和五〇年一月二八日刑集二九卷一〇号九八三頁）、他面、昭和五〇年判決は、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く」として、いわゆる「口実防衛」に当たる場合には防衛意思を否定するとしているので、結局、判例は防衛意思を防衛の認識にまで純化する立場に依拠するものではない（なお、最判昭和六〇年九月一二日刑集三九卷六号二七五頁）。それ故、判例は、防衛の意図・動機とする立場と防衛の認識とする立場の中間に位置するものであり、「認識的要素」のほかに「意思的要素」をも含めて考えているのである。⁽¹⁸⁾ このような判例の態度は、学説上防衛意思につき「急迫不正の侵害に対応する意思」（庄子）⁽¹⁹⁾とか、「急迫不正の侵害を意識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態」（大塚）⁽¹⁹⁾などとする見解に対応するものといえよう。だが、かような見解では、「口実防衛」の場合防衛意思を否定する余

地を少なくとも残しているものであり、そのかぎりでは、違法性の評価を行為者の心情にのみ依拠させるおそれがあり、妥当でないと考えられよう。そこで、防衛意思とは、急迫不正の侵害の認識、すなわち、防衛の認識で足るとする見解も少数ながら有力に主張されており（中、野村²⁰）これによれば、「口裏防衛」は不要説とともに正当防衛の成立が認められよう。

さらに、防衛意思の必要説と不要説とが実質的に相違する場合として、いわゆる「偶然防衛」が問題となるが、行為無価値論に立つ必要説からは、防衛の意思がなく、犯罪意思で法益侵害を惹起した以上、行為と結果を切り離して評価できず、発生した結果につき既遂犯が成立するとするのが一般的である。²¹だが、違法二元説の立場を闡明して、行為無価値が残存するとしても、客観的事後的には結果無価値が欠如するとして、未遂犯を認める見解もある。²²これに対して、結果無価値論に立つ必要説からは、偶然防衛の場合も正当防衛が成立するとして無罪説に至るのが論理的に首尾一貫するものと考えられるが、未遂犯の成立可能性を肯定する見解もある。²³²⁴

以上のような問題史的概観を踏まえつつ、これら諸問題の内容の詳細は、次章以下の課題として設定されよう。

（１）牧一藤原・日本法制史三八〇頁以下、なお、野村・総論二〇頁以下。より詳しくは、吉井蒼生夫「現行刑法の制定とその意義」杉山晴康編・裁判と法の歴史的發展（平成四年）四六一頁以下参照。

（２）吉井・前掲論文四八二頁。

（３）大越・前掲書二〇頁。

（４）倉富勇三郎『平沼騏一郎』花井卓蔵・刑法沿革綜覧（大正一二年）八三頁。

（５）内田文昭『山火正則』吉井蒼生夫・日本立法資料全集21刑法（明治40年）（２）（平成五年）一三八頁。

（６）日本立法資料全集21四七三頁。

（７）日本立法資料全集21五一五頁。

（８）刑法沿革綜覧一六九頁。

- (9) 刑法沿革綜覧四四三頁。
- (10) 刑法沿革綜覧八七四頁。
- (11) 刑法沿革綜覧一五六二頁。
- (12) 刑法沿革綜覧一六〇〇頁。
- (13) 刑法沿革綜覧二一四一頁以下。
- (14) 島田武夫・刑法の基礎的理論(昭和八年)一一一頁注四。
- (15) 草野豹一郎・刑法總則講義第一分冊(昭和一〇年)九九頁、なお一〇九頁参照。
- (16) 草野豹一郎・刑事判例研究(第四卷)(昭和一四年)二六頁以下、同(第五卷)(昭和一五年)二四八頁以下、瀧川幸辰・刑事法判決批評第二卷(昭和一二年)二三頁以下、安平政吉・日本法学三卷六号(昭和一二年)六二頁以下、牧野英一・刑法研究第七(昭和一四年)三七四頁以下等。
- (17) それらの論議の具体的な内容・意義の検討につき、大塚仁・刑法論集(1)(昭和五一年)一六二頁以下参照。
- (18) 大塚・対談刑法総論(中)(昭和六一年)七頁参照。
- (19) 莊子邦雄・刑法総論(新版)(昭和五六年)二二四頁。
- (19) 大塚仁・刑法概説(総論)(改訂増補版)(平成四年)三三八頁。
- (20) 中義勝・講述犯罪総論(昭和五五年)一三五頁、野村・総論二二四頁等。
- (21) 木村亀二・刑法総論(昭和三四年)三七一頁、福田平・全訂刑法総論(増補版)(平成四年)一四七頁、大塚・総論三三九頁等。
- (22) 中・総論一三六頁。なお、準未遂とするものとして、野村・総論二二五頁。
- (23) 中山研一・刑法総論(昭和五七年)二八一頁、内藤謙・刑法講義総論(中)(昭和六一年)三四四頁等。
- (24) 平野龍一・刑法総論II(昭和五〇年)二四三頁。

第二章 正当防衛の枠内における主観的要素の問題点

第一節 問題提起

第一款 導入事例

一 客観的不法論の立場から防衛意思を徹底的に否定した一九五三年E・G・シュタープのディッセルタチオンにおいてその根拠付けの例証の一つとして挙げられ¹⁾、その後、同一方向から現在(西)ドイツにおいて強力に否定論の論陣を張るシュペンデルが、防衛意思の必要説を概念狂信(Begriffsmysticismus)と批判し、客観的不法論の必然性と正当性のみならず、主観説の不十分かつ馬鹿氣た帰結を論証するための一例として、再三にわたって挙げている故クラス教授の講壇事例を、以下導入事例として挙げておこう(なお、ここでは事例の精密化の意味で、シュペンデルの挙げる例が優れていると史料されるので、彼の例示に従っておく。³⁾)。

〔クラスの講壇事例・夫婦げんか事例〕

その夫が酒びたりになって怒りに発した妻Fは、家庭の不幸を彼女なりのやり方で除去しようとして決心する。夫がまたもやある夜帰宅しないときに、彼女は麵棒を手にもち、彼をぶちのめしてお灸をすえようと夫を待ちかまえている。真夜中に、だれかが暗い玄関で彼女の家のドアをいじり回している物音を聞く。ドアが開かれたとき、彼女は全く激怒して、入ってきた人影を酒盛りから帰宅した夫だと思い込みぶん殴る。床に倒れた男の悲鳴で、彼女が侵入者を闘争不能ならしめたということを知るが、その男は実に事後に判明するように、長期間手配中の、すぐ暴力に訴える性癖のある犯罪者なのであった。

さて、Fの所為は危険な傷害（ドイツ刑法二三三条（傷害）、二三三条a（危険な傷害））の観点のもとで検討されねばならない。危険な器具をもってする他人の身体の虐待および健康を害するという客観的構成要件は、明白に与えられており、ここで詳しく触れられる必要はない程である。

それに対し、不法ないし正当防衛によるその所為の正当化（ドイツ刑法三二条（正当防衛））は問題となりえよう。ただし、妻Fは悪しき意思で行為したのであり、法的な心情で行為したわけではない。Fに対する侵入者Eの現在の違法な攻撃という正当防衛の第一の前提は存在している。合鍵によって他人の住宅に夜間侵入すること、EはただにFの家庭の平穩を侵害するのみならず、その財産および占有を危殆化しており、実に、Eは（西）ドイツ刑法旧二四二条（単純窃盗）、同二四三条一項三号（重い窃盗）、同四三条一項三文の意味で合鍵をもってする窃盗に「着手した」、ないしは、刑法新二四二条（単純窃盗）、同二四三条一項一号（窃盗の特に重い場合）、同二二条の意味での窃盗の構成要件の「実現のため」「直接に開始し」たのである。Eも違法で、故意的で違法な領得目的で行為し、かつまた客観的ならびに主観的未遂論によっても、特に重い窃盗未遂を行なったのだから、彼はFをただに違法にのみならず、可罰的に攻撃したのである。

彼女の家庭の平穩および財産に差し迫った、かつ攻撃された妻はまた、必要な（そして要請された）防衛行為を行なったという第二の正当防衛の前提は、客観的には同じく肯定されるべきである。Fは、夜間彼女の家で、抵抗されれば暴力的となる傾向のある犯罪者と、一人だけで立ち向ったのである。彼女は彼より婦人として、身体力では劣っていた。事例の状況によれば、彼が何かを企てうる前に、す早く対処され、かつ侵入者が闘争不能とされねばならなかった。彼女がその事情を即座に看取したとしても、救助を呼び求めるといった不十分な防衛行為によって危険に應ずる必要はなかった。それ故、彼女の行動は相当かつ必要な防衛行為として考えられるのである。すなわち、事後の（ex post）観察者の観点からは、彼女は「防衛」したのであり、それに対し、彼女自

身の観点からは「防衛」ということは何ら語りえないものである。⁽⁴⁾

二 以上のクラス（シュペンデル）の設例をもって、われわれは正当防衛の枠内における主観的要素の問題に到達したのであり、すなわち、被攻撃者の側で充足されるべき正当防衛の前提、かくして、防衛のために必要な防衛が、行為時における行為者の表象（Vorstellung）に従って決定すべきか、もしくは行為者の表象を顧慮することなく、事後的（ex post）観察者が「防衛」として考えるものに従って決定すべきかどうかということが問題となるのである。この正当防衛の一面のみ、すなわち、防衛がわれわれにとって従事されるのであって、違法な攻撃のメルクマールではない。それ自体攻撃を違法なものとして性格付けることが、彼の行為についての行為者の内心的態度（Einstellung）にどの程度に依存するかという問題が提起されるのであるのだが、その際、正当防衛という特殊問題だけでなく、却って、ここでは直接的には論ぜられていない一般的な違法性の問題が問われていることも銘記されねばならない。⁽⁵⁾

- (1) Edgar Gustav Staab, Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr (Diss. Frankfurt), 1953, S. 10ff.
- (2) Spendel, Leipziger Kommentar, 2. Bd. 10. Aufl., 1985, §32 Rn. 139.
- (3) Spendel, Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ, 1978, S. 330.
- (4) Staab, a. a. O., S. 12.
- (5) Vgl. Staab, a. a. O., S. 12.

第二款 客観的および主観的という概念

文献上、防衛（Verteidigung）というメルクマールの規定の問題は、原則的に防衛が客観的に——それは事後

的(ex post)考察であろう——、もしくは主観的に——行為時(ex ante)における行為者の観点からみて——捉えるべきかどうかという形で定式化されている。

この客観的・主観的(objectiv-subjektiv)という対立概念は、より詳細な規定を必要とする。すなわち、今日では既に周知のように、まず「主観的」との関連で二つの問題が明らかにされる。

(1) 正当化事由としての正当防衛は、正当防衛状況、すなわち「現在の違法な攻撃」(ドイツ刑法三二条二項、同旧五三条二項)を知っていた者にのみ成立するのか(正当防衛状況の認識(Kentnis))。

(2) 正当防衛状況の認識を越えて、防衛の意図ないし動機(Absicht od. Motiv)の存在が防衛行為の遂行の際、防衛の目的のために必要であり、防衛者はかような意味での防衛の意思をもたねばならないのか(正当防衛状況の意図ないし動機)。

この点につき、一例を挙げてみよう。Aは正にA所有の木からリンゴを盗もうとしていた少年Bを投石によって傷害する。だが、AはBの企図を何ら知らなかった。したがって、Aは自らの正当防衛状況を知らなかったであり、正当防衛による違法性阻却の問題はここでは認識(Kentnis)の問題なのである。それに対し、Aは少年Bのリンゴ窃盗の事実を認識したが、Bの父親に対する復讐心のみから投石し傷害を与えるなら、Aはなるほど正当防衛状況の認識はあるが、攻撃の防御に向けられた意図(Absicht)が欠如する。ここでは、認識問題のみならず、意図問題と関係する。¹⁾そして、意図の問題は更に、真の正当防衛は行為を専ら(ausschließlich)防衛のために必要なのか、あるいは、行為者が他の意図と並んで攻撃防御の意図をも(いわゆる並存, auch)もっていたときに十分なのかという二つの下位問題に分かれるのである。

以上から、「主観的」という概念に、防衛との関連でいかなる意義が帰せられるかが明らかとなるのであり、それはより詳細な規定を与えさせるのである。「主観的」ということは、防衛者が彼の行為についての一定の内心

的態度(Kennntnis-Absicht) すなわち、行為者心理において生ずる諸経過と関連し、外界に属する諸経過と関係しない。そして、ここでは全く一定の内心的経過、すなわち、一方で行為者の外部に存する諸事情の単なる認識(Erkennen)、他方で、特別の種類の意欲(Wollen)が問題となる。その際、(正当防衛状況の)認識と(防衛の)意図とはその強度によって相違するのである。すなわち、意図(Absicht)とは、単なる認識(Kennntnis)を越えるより以上のものであり、認識になお意欲(Wollen)、すなわち、一定の目標(攻撃の防衛)の実現に向けられた意図が付け加わらねばならないのである。もつとも当然のことながら、これらの相違は、行為者主観を正当防衛の枠内において要求する見解(必要説)に左袒した場合に初めて問題となるのである。⁽⁵⁾

これに対し、「主観的」という概念の上記の規定から、同時に「客観的」という対立概念が明らかとなる。正当防衛の枠内において「客観的」というのは、以上の連関から、ヴェルツェル等がいうように、防衛者の行為の評価が一般的(allgemein)尺度、すなわち、個人それ自体ではなく社会秩序によって生ずるということの意味しうるものではない。けだし、正当防衛行為が客観的もしくは主観的に捉えられるべきかどうかは、いずれにせよ一般的評価のもとにあり、この意味では常に「客観的」たりうるからである。⁽⁶⁾「主観的」という前記の概念定義の対立物としては、むしろ、「客観的」という概念のもとで、社会的事象の判断が、行為者の内心的態度を考慮することなく理解されねばならない。換言すれば、一定の行為は、それが行為者の認識や意欲を顧慮せずに、それが外界において、自己又は他人を現在の違法な攻撃の防衛のために必要と考えられるものとして現われる場合に、「客観的」防衛なのである。⁽⁶⁾

(1) 本設例は Křihler, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1917, S. 298 で挙示されている。

(2) なお、正当化の故意ないし認識ではなく、それ以上のもの、すなわち「意図」を要求する論者にあつては、一部では Absicht の

代りに Motiv が使用されており、それらの相違については、vgl. Fritz Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in Oehler-Fest, 1985, S. 227ff. (なお、本稿にいくつかの紹介として、振津・金沢法学二二巻一号(平元)四三頁以下がある)。

(c) So Hans Weizel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 31; ders. Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 18; ders. Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 51 u. s. w.

(4) なお、「客観的」という概念につき、拙稿「クリースの「客観的可能性」の概念とその若干の適用について」刑維二二巻三・四号(昭和五四年)四二六頁注(27)等参照。

(5) Staab, a. a. O., SS. 13-16.

第三款 客観的「目的(Zweck)」と主観的「意図(Absicht)」という概念

一 「客観的」および「主観的」という概念と並んで、「目的(Zweck)」と「意図(Absicht)」という概念にも、われわれは注目しておかねばならない。正当防衛に関するほとんど全ての議論において、「防衛目的」および「防衛意図」が本質的役割りを演じている。したがって、ここでも既にシユタープが触れ、最近シユペンデルによっても詳しく論じられているように、⁽¹⁾これらの概念の精確な定義が必要となる。

すなわち、「目的(Zweck)」と「意図(Absicht)」とは、「客観的」および「主観的」という概念との同様の対立において並存するものである。

しかし、シユタープによれば、これについても、文献上何らの一致も存しない。目的(Zweck)と意図(Absicht)とは、しばしば相互に混同されている。たとえば、上記のごとく、H・A・フィッツシャーによれば、シカーネ禁止 (§226 BGB) におけると同様に、正当防衛にあってもまた、外部的事実(zäuberer Tatbestand)ではなく、

目的 (Zweck) が違法性の阻却または不阻却にとって決定的であるところとて、反倫理的な Zweck が違法性を招来するものと考えており、⁽²⁾ また、ジーバーツは、「防衛の Zweck」ということを語り、かつそのもとでそれが防衛の概念に含まれる主観的要素であると理解している。⁽³⁾ そして、同じく、防衛の目的と防衛の意図との同一視が、フランクおよびシェンケ等⁽⁴⁾ において見出されるのである。シュタープおよびシュペンデルによれば、かような用語における不一致は、容易に残念な誤解へと導くものであるとされるのである。⁽⁶⁾

二 そこで、最近シュペンデルは、これらの概念の語源学的発展から両概念の区別を闡明しようとする。

すなわち、「目的 (Zweck)」ないしそれに類似する言語の表現は、元来は外部的・対象的な客観的意義をもっていたのであり、その後、結局、再び客観的に把握されるために主観的な精神的表象および企図 (Vornehmen) に該当する思考内容と結びつけられたのである。

元来、Zweck とは、鳥がその上にとまり、あるいはそれに何かを掛けうる「枝」と同義であった。その後、一五世紀になって、その言葉は、木あるいは支柱の真ん中に標的 (Ziel) Scheibe を固定する、平たい頭をもつ木または鉄製の短かい木杭あるいは釘を意味するのである。この意義は、今日でも「くつの釘 (Schuhzweck)」とか「画びょう (Reißzweck)」といった表現に残存してきている。だが、更に、具象的なものに付着する語義のなかで、Zweck はその後、射手が目指し、かつ射ち、対象をそれへと向け、意欲を獲得しようとする目標 (Ziel) — 逆にこの対象をまた規定しかつ条件づける目標ないし目的 (finis) の意味が賦与された。

射手が、いし弓あるいは猟銃で当てようと努力する Zweck は、伝統的な意味において一般人が(心に)決める、すなわち、心に描き、そして企てるところの目標となる。それはその際、部分的に到達されるはずであるところの表象と意欲と同一視され、それとともに、「企図 (Vorhaben)」として主観的な色彩を得るのであり、その後一八世紀以降、ラテン語の表現「意図 (intentio)」に対して引き出されて形成された言葉である「意図 (Absicht)」

と同じように使用されることになったのである。

かようにZweckという概念は、具象的な意義を越えて、概念的、抽象的な意義を獲得したわけであるが、同時にまた、精神的なもの、獲得努力および意欲に依存しない客観的意義をも獲得するのである。それは、主体と独立に設置され、そしてそれ自体自己充足的なより高い目標として、すなわち、人間によって遂行されるべき理念的課題として捉えられる(例・「至高の目的」)。

そして、最後にその概念は、ある事物の「意味(Sinn)」とか「本質(Wesen)」という意義を受け取るのである。それは、ある所与あるいは出来事の達成および決定として、最終目的および目的根拠(Zweckgrund)のよう使用され、結果の原因(causa efficiens)とは異なる目的の原因(causa finalis)、すなわち「目的因(Zweckursache)」のごとく、かように客観的に捉えられた目的は、この言葉の二重の意味において、すなわち、ある現象の「原因・結果(Ausgang)」、「スタート」と「ゴール」、開始と終了、原因(Grund)と結果(Folge)とを同時に意味するのである(この用例の可逆的使用方法として、獲ようと努められる目標、方向を指し示めす最終目的、先取りされた最終効果と同時にまた、「衝動力」、規定的な目的根拠、手段を制約する「目的因」など)。

更に、かような用法と並んで以下のことを考慮すべきである。単なる対象、事物や事象も、更に目的の遂行に奉仕する行為もまた、その効果のために創造され、あるいは規定されるべきことなくしても、「合目的的(zweckmäßig)」なものとして示めされうる。目的とは、純主観的に、また全く「恣意的に」設定されるものではなく、その遂行のために役立つ手段の客観的合目的性を「顧慮」してのみ設定される。すなわち、目的が実在的な条件によってのみ媒介されるように、それがそのために合・目的的(zweck-mäßig)であるときにのみ、この手段は、それを目指しうるのである。¹⁾

それに対して、「意図(Absicht)」という概念は元々「ねらう」(ab-sehen)という動詞から出てくるものであ

る。これは元来何ものかを見ることによって評価し、あるいは測定し、飛び道具で何ものか（たとえば、標的の中心点としての「Zweck」）をねらい、何ものかを「ねらう」ということを意味している。「ねらう」という動詞は、その後、予見するという意味を獲得する。一八世紀に初めて成立した「意図（Absicht）」という名詞は、意思内容、欲せられたものおよび獲得しようと努力されたものと同一視され、かくして、その表現は、目標、プランあるいは企図（Vorhaben）のために使用されるのである。

したがって、意図（Absicht）にあつては、意思要素が優勢であり、それは精神的な原因（causa motiva）としての、すなわち意欲の規定的な事実的根拠としての動機（Beweggrund od. Motiv）と近いものであるが、しかしこれらから区別されるものである。動機と意図とは、目的根拠と最終目的といった、なるほど正確には同じではないが類似的の相互関係にあり、前者の概念ペアは精神的・事実的（存在論的）領域にあり、第二の概念ペアは客観的・概念的（目的論的）領域上にある。動機（Motiv）は現実的な開始かつ根拠、すなわち心理的活動としての意欲の實在的な規定および条件であり、これに対し意図（Absicht）は、その終結および目標、その結果および効果を目指す方向におけるこの意欲（Wollen）なのである。意図が遂行されるべき目的を指すものとして行為を規定するとするならば、動機は目指された結果の表象としてこの努力および意欲そのものを条件づけるものである、とするのである。⁽⁸⁾

三 以上の「目的（Zweck）」と「意図（Absicht）」の概念の相違につき、シュタープは簡潔に以下のように述べている。「『目的（Zweck）』というのは、行為者の内心世界の中に存しない客観的な何ものかを表示し、それに対して『意図（Absicht）』は、一定の目標の実現に向けられた意欲であると堅持されるべきだろう。一般的な言語の費用では、Zweckを、目標が行為者の具体的な意欲として独立しているところの達成されるべき目標として把握すべきである（という）とは、全くよく知られたことである。zweckmäßig, unzweckmäßig, zwecklos」とい

た言語形象の使用がそのことをよく示している。」しかし、それに対して、「Absichtはつねに主観的要素である。それは具体的な意欲から引き離されえないものである。ある行為が防衛の Zweck を充足しているかどうかは、それ故に専ら、それが現在の違法な攻撃の防衛のために適しているかどうかに依存する。防衛の意思 (Wille) に関する問題は、防衛の Zweck に関する問題と並んで独立して存在するものである。両者は相互に同一ではない。」⁽⁹⁾したがって、行為の客観的目的は行為者の主観的意図から峻別すべきである、すなわち、正当防衛にあつては、行為の防衛効果は、行為者の防衛意思から峻別すべきなのである。両者、すなわち、目的 (Zweck) と意図 (Absicht)、「結果 (Erfolg)」と「意思 (Wille)」とは、以上のやうに相互に分離しうるものである。⁽¹⁰⁾

四 以上やや詳しく、シュペンデルおよびシュタープの「目的 (Zweck)」と「意図 (Absicht)」との概念の區別を述べたが、もっとも、彼らは防衛意思の不要説の立場に立つ故に、彼らによれば、かような区別の実益は、正当防衛においては、行為者の意思からではなく、事態の諸事情および行為の客観的属性から防衛の性格が解明されねばならないとして、⁽¹¹⁾結局は主観的な悪しき意図 (Absicht) によるのではなく、客観的な防衛目的 (Zweck) に適合する場合には、正当化を許容すべきであると主張につながることは当然である。

(1) Dazu schon Staab, a. a. O., S. 16ff.; Spendel, Notwehr und Verteidigungswille, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in Oehler-Fest., 1985, S. 197ff.

(2) 本稿「一〇頁参照」。

(3) Sieverts, Beiträge, S. 208.

(4) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, §53Anm. II.

(5) Adolf Schönke, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1952, §53 Anm. IV 1 a. E.

(9) Staab, a. a. O., S. 17.

- (7) Vgl. Spendel, in Oehler-Fest., S. S. 203-206.
- (8) Spendel, in Oehler-Fest., S. 206ff.
- (9) Staub, a. a. O., S. 17f.
- (10) Spendel, in Oehler-Fest., S. 207.
- (11) Spendel, in Oehler-Fest., S. 207.

第四款 違法性の問題としての防衛意思

一 防衛意思の問題は、専ら違法性の問題であり、責任とは何ら関係がない。⁽¹⁾ 正当化事由として正当防衛は責任に全く依存せず、決して責任のメルクマールを含んでおらず、また防衛の意味の形態においてもそうである。⁽²⁾ 防衛意思は——その必要性が肯定されるかぎりで——違法性の構成要素であって、責任の構成要素ではない。責任の問題は、行為の違法性が確定したときに始めて提立されるのである。ただし、違法な態度の非難可能性が責任を形成するからであり、したがって、犯された不法なくしては責任は考えられないのである。責任は絶対に違法性に依存する。⁽³⁾ 正当防衛は、正にある所為の違法性もしくは適法性に該当し、その個々の前提（それが客観的であれ主観的性質のものであれ）は、違法性とのみ結合されうるものであって、責任と結合されうるものではない。⁽⁴⁾

くどいようであるが、この防衛意思を違法性の領域に体系的に位置付けることは、違法性と責任とが相互に明確に区別されているときのみ可能となる。すなわち、違法性と責任との明確な区別の可能性が否定されるならば、防衛意思の問題は——まったく一般的に主観的違法要素の問題と同様——その意義を失わねばならないのである。⁽⁴⁾

二 違法性と責任との厳格な区別の可能性、その正当性および必然性は、以前既に前世紀の後半以降⁽⁵⁾、周知のごとく激烈な論争——主観的違法論と客観的違法論との——の対象となってきた。今日も、その区別は一般に承認されているといえるが、その内容については、とりわけ、人的不法論の展開以降依然として論議が残存しているが、ここでは、わが国ではなお多数説であり、ドイツでは今世紀前半までは通説的地位を保持してきた「違法性」と「責任」を巡る議論を簡単に一瞥しておきたい。けだし、かような帰結へと導いた発展は、違法性の客観的性質についての認識、および、すべての主観的なものの責任への位置付けをもたしたが故に、正当防衛内部における主観的要素の理解にとって重大な意義があるからである。そして、この基礎に基いて始めて、違法性内部への主観的要素の編入が問題となると考えられるのである。

その当時のこの関連における重要問題は、周知のごとく、違法性は純客観的に、すなわち、法秩序に服する人間に関係することなく、客観的生活秩序として確定されるか、あるいは、法は人間の行動(Verhalten)の動機に外ならず、かくして、不法はこの動機に相即しない意欲の確証であるのかというものであった。⁽⁶⁾

かような観点から眺めた場合、以前、二つの見解が本質的に対立したのである。⁽⁷⁾ すなわち、法(objektives Recht)は、徹頭徹尾命令的性格を賦与されており(トーン、ビーアリング)、法は権威的な意思表示として構成されている(メルケル、ギールケ等)ということ、命令的性格をもつ法規、規範の総体として考え(いわゆる命令説)、したがって、不法はこの規範の違反として、すなわち、この要求によって義務付けられた者による法的要求の等閑視として考えた。⁽⁸⁾ そこで、法を客観的生活秩序として捉える可能性は否定されるのである。けだし、これによれば、「謀殺(Mord)は、人を殺害しあるいは家屋に火を放つ落雷と同様、また逃走したライオンあるいはまたノミのかみつきも同じく違法」⁽⁹⁾ たらねばならないであらう。却って、法は専ら人間の行動の動機として捉えられ、「法的に承認された状態の変更」ではなく、「状態の法的に否認された変更」が違法たるべきだとされ

た。もっとも、その際、法の命令（すなわち規範）が誰に向けられているかという受命者についての問題が浮上し、實際上、この問題は命令説の主張者にとつての主要問題の一つであつた。そこで、命令説を同じく主張する者の間でもこの点につき様々の見解が主張された。⁽¹⁰⁾

すなわち、

(a) 規範は、すべての人間に向けられている。かくして、責任無能力者もまた「違法に」行為しうるが、動物はそうではない。⁽¹¹⁾

(b) 規範は、それに従つて自己の行為を形成しうる能力のあるような人間にのみ向けられている。

このための能力のある者につき、以下の二説に分れる。

(a) 一方の見解によれば、すべての責任能力者がそうであり、彼らが個々の事例において有責に行為したか否かは問わない。⁽¹²⁾

(b) 他の見解によれば、なるほど、規範は同様にすべての責任能力者に向けられている。だが、個々の行為の帰責可能性という前提のもとでのみ、規範違反、すなわち、不法を語りうるだけである。本説によれば、「違法に行為する」ということは、「有責に行為する」ということと同義である。責任なき不法 (schuldloses Unrecht) はありえない。⁽¹³⁾

これらのうち、(a) 説は元來客観的違法論の代表者によつて主張されているものであるので、ここでは重要ではない。⁽¹⁴⁾ そこで、最も首尾一貫した命令説たる (b) 説の (b) が問題となるが、ここでは不法と責任とが徹底的に混同されている。けだし、責任無能力者は本説によれば、およそ不法を犯しえないのである。だが、(b) 説の (a) も、責任能力という概念を違法性ならびに責任に属せしめ、両者の前提たらしめているので、部分的に不法と責任を同一視しているのである。したがつて、法を命令の複合 (Komplex) と考える一切の理論は、規範の名宛人 (Normadres-

set) に関する問題が決定的な問題として浮上するため、必然的にかような帰結に至らねばならないのである。

それに対し、他の見解(客観的違法論)にとつては、法は秩序付けられた状態、すなわち、客観的生活秩序であり、不法とはこの秩序の侵害、すなわち、法に背反する状態の招来である。¹⁵⁾ 何が法秩序に適合しており、何がそれに適合していないかという確定は、「客観的評価規範」によって行なわれるのであり、その評価規範は抽象的な尺度として示めされ、そしてその適用領域は、「評価されるべき対象、すなわち、人間の行為がどのようにに成立したのかという性質(Att) (有責にか否か)に」¹⁶⁾ 全く依存しないのである。行為者への方向付け、すなわち、法秩序の命令的性格は、この「客観的評価規範」から引き出され、個々の法成員に向けて名宛された「主観的決定規範」の中で始めて見出されるのであって(「評価は命令に先行する」)、その意義は違法性の領域ではなく、責任の領域上にあるのである。かようにして、不法と責任とが厳格に区別されうるのである。けだし、前者の命令説とは異なり、違法性の決定は行為者の責任能力を顧慮することなく、ある行為が法によって提立された秩序と一致しているか否か、およびいかなる程度で然るかということに従つてのみ明らかとなるからである。

三 かようなメツガー、シュミット流の「客観的評価規範論」を前提とする違法論が、今世紀の前半までは支配的であつた。本説は、専ら命令説に対する大略以下の三つの異論に基づき地歩を占めてきた。

第一の異論は、M・E・マイヤーによる方法論的異論であつた。すなわち、マイヤーにとつて、「違法性の概念は、客観的および主観的違法性の分割を許容しない。客観的違法性と帰責可能性との間に主観的違法性を差し込むか、あるいは全く客観的不法の概念を非難するすべての理論(メルケル、ホルト・v・フェルネック等)は拒絶すべきである。厳格に客観的意味において、その単一性が維持されるべきである。すなわち、法秩序による行為の否認は、行為者に非難がなされるかどうかということは全くどうでもよいことである。この方法論的任務は、客観的違法性(objektive Widerrechtlichkeit)の概念のみが充足しうるのである。」「人がそれを反駁しうるとい

うことは副次的な事柄であり、人がそれを反駁してはならないということが主要な事柄である。⁽¹⁷⁾ のであり、更に、この客観的違法性の概念を単なるタイトルとして放棄するなら、その前提と責任とが合流すると付言するのである。

第二の論拠はメツガーに由来し、決定規範（人間の行動の動機としての）としての法の論理的前提は、常に評價規範（客観的生活秩序としての）としての法であるとする点にある。「けだし、だれかに何事かを『決定』しようとする者は、彼がその者に何を決定しようとするかを予め知っていなければならぬ。そこで、決定規範としての法は、予め評價規範として捉えられねばならないということ以外には考えられないということが明らかとなる。⁽¹⁸⁾ 法は、単に精神力（geistige Macht）ではなく、個々の法成員の相互に矛盾する諸利益間の必然的な調整に奉仕するものであり、そして、この調整は、法に服している者に一定の態度が命ぜられないし禁ぜられうるであろう以前に、法秩序によって、何よりもまず、（客観的に）実施されねばならないであろう。⁽¹⁹⁾

これら二つの異論に、更に、命令説は現行法と一致しないという第三の異論が付加される。すなわち、可罰的な酤酤行為（ドイツ刑法旧三三〇条a）ならびに、教唆および幫助（同旧四八、四九条、同新二六、二七条）は、制限従属性説の導入後、なるほど違法であるが、有責でない行為を必要としている。かくして、法律そのものが違法性と責任の厳格な区別を要求しており、（古い）命令説を非難しているというものである。⁽²⁰⁾

かように構想された客観的違法論（特に、わが国のいわゆる「結果無価値論」を基礎にする違法観、ないし、現代ドイツのシュベンデル等の見解）からは、法は法に服している者の外部的に秩序付けられた共同生活を保障するために存するところの客観的生活秩序としてのみ思考しうるものであり、この秩序の客観的違反が不法なのである。

したがって、違法性が客観的基礎の上で構築されるとするならば、防衛意思の本来の問題性は、正に、主観的

- (13) Merkel, Kriminalist Abh. I, 1867, S. 42f.; Jellinek, Die sozialeth. Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 56ff.
- (14) なるが、ホーネンシュタットの議論は、勿論、Sievverts, Beiträge, S. 94.
- (15) Vgl. Kohlrausch, a. a. O., S. 50.
- (16) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 26. Aufl., 1932, S. 174.
- (17) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, S. 10f.; dazu Mezger, GS, Bd. 89, S. 236.
- (18) Mezger, GS, Bd. 89, S. 240ff.
- (19) ラートブルフも同じく、法は、その第一次的性格によれば、決定規範からではなく、評価規範から構成されている」と述べている。⁴⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 136; dazu Staab, a. a. O., S. 27.
- (20) Staab, a. a. O., S. 28.
- (21) Vgl. Staab, a. a. O., S. 28.

第五款「防衛意思」の問題の定義

なお、問題点の精確化を期すために、正当防衛における主観的要素の問題が終局的に定式化される前に、防衛意思の問題は、以下の二つの前提から出発されねばならないということも蛇足ながら付言しておく。

(1)客観的正当化状況、すなわち、「現在の違法な攻撃」が存在すること。

(2)客観的正当防衛状況において、被攻撃者（もしくは緊急救助者として現れる第三者）によって遂行された行為が、客観的に攻撃に対する防衛である、したがって——防衛者の意思方向とは独立に——攻撃の防衛に奉仕し、そして「必要性」の枠内に止まるところの行為であること。

かような両者の所与から出発するときのみにのみ、およそ、正当防衛の主観的要素の問題が提立されうるのである。すなわち、客観的正当防衛状況を欠き（例・誤想防衛）、あるいは「必要性」の程度を越える場合（例・過剰防衛）

には、最早、違法性の問題ではなく責任の問題なのである。⁽¹⁾

以上によって、正当防衛の枠内における主観的要素の問題が精確に示めされるのである。すなわち、客観的に与えられた正当防衛状況において遂行し、客観的に「防衛」として示めされる行為の正当化が、彼の行為についての行為者の内心的態度（主観的要素）に依拠しうるか否か、ということである。⁽²⁾

(1) もっとも、この点については異論がある。わが国でも、たとえば、藤木英雄「刑法講義総論（昭和五〇年）一七二頁等が挙げられよう。

(2) Staab, a. a. O., S. 29f.

— 未完 —

（一九九四・八・一四稿）